

VU Research Portal

Case note: Hof Arnhem 14-12-1999, NJ 2000, 742

Akkermans, A.J.

2001

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J., (2001). *Case note: Hof Arnhem 14-12-1999, NJ 2000, 742*, No. NJ 2000, 742, Dec 14, 1999. (Verkeersrecht; Vol. 2001).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

onder zich houden) van het rijbewijs van klagster;
- een uittreksel uit het algemeen documentatieregister betreffende klagster, waaruit blijkt dat klagster niet eerder is veroordeeld voor een soortgelijk feit;
gelet op het onderzoek, dat in het openbaar heeft plaatsgevonden in raadkamer van 9 augustus 2000, waarbij zijn gehoord de officier van justitie, klagster en de raadsman mr Brouwer.

Overwegende

Alvorens toe te komen aan de vraag of bij de afweging van de belangen van de verkeersveiligheid en het persoonlijk belang, dat verdachte heeft bij het behoud van haar rijvergunning, moet de vraag worden beantwoord of de officier van justitie had kunnen beslissen tot het onder zich houden van het rijbewijs van verdachte. Daartoe is het volgende van belang.

Op 25 juni 2000 is naar aanleiding van de verdenking, dat verdachte op 24 juni 2000 is gehandeld in strijd met artikel 8 c.q. lid 6 van de Wegenverkeerswet 1994 door een politieambtenaar de overgifte van het op haar naam staande rijbewijs gevorderd. De verdachte heeft aan die vordering voldaan, waarna de officier van justitie op 28 juni 2000 heeft beslist het rijbewijs onder zich te houden.

Blijkens het ter zake opgemaakte proces-verbaal is verdachte op 24 juni 2000, omstreeks 05.09 uur, betrokken geraakt bij een ongeval. Haar adem reikte naar het inwendig gebruik van alcoholhoudende drank. Desgevraagd verklaarde zij tussen 19.20 uur op 23 juni 2000 en 05.00 uur op 24 juni 2000 drie pilsjes te hebben gedronken. Er zijn vooralsnog geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden, die ertoe zouden moeten leiden de juistheid van die verklaring in twijfel te trekken.

Blijkens het terzake opgemaakte proces-verbaal zijn er vooralsnog geen feiten of omstandigheden aannemelijk geworden, die ertoe zouden moeten leiden te concluderen, dat verdachte in strafrechtelijke zin een verwijt te maken valt van het ongeval, zoals ook de officier van justitie ter zitting heeft gesteld.

Aan de op 24 juni 2000 te 05.38 uur door een politieambtenaar gedane vordering mee te werken aan een voorlopig onderzoek van uitgedemde lucht heeft verdachte voldaan. Haar medewerking leidde niet tot een voortdurend ademonderzoek, omdat verdachte verklaarde te gespannen te zijn. Volgens genoemde politieambtenaar was verdachte tengevolge van de aanrijding van de weg geraakt en zat zij in haar voertuig ten tijde van het blazen op het voor eerstgenoemde vordering gebruikte apparaat.

Volgens de inspecteur van politie De L. werd hij op 24 juni 2000 te 05.45 uur gevraagd in het ziekenhuis te Utrecht een bloedproef te

laten verrichten teneinde bij verdachte het alcoholpercentage vast te doen stellen. Om 07.10 uur op 24 juni 2000 is de verdachte in het ziekenhuis (alwaar geen ernstig letsel werd vastgesteld) voor hem geleid. Hem was door een collega meegedeeld, dat een voorlopig ademonderzoek, waarschijnlijk door haar geëmotioneerde toestand kort na de aanrijding, niet tot resultaat had geleid. In verband met het bovenstaande heeft die inspecteur de verdachte toestemming gevraagd voor een bloedonderzoek, welke toestemming verdachte niet heeft verleend. De verdachte volhardde in haar weigering ook nadat haar bevolen was zich hieraan te onderwerpen en ook nadat haar de consequenties waren meegedeeld.

Verdachte verliet genoemd ziekenhuis op 24 juni 2000 omstreeks 07.25 uur.

Daargelaten of uit de enkele omstandigheid, dat verdachte in een tijdbestek van ruim 8,5 uur 3 pilsjes heeft gedronken, geconcludeerd kan worden tot een verdenking als bedoeld in artikel 163 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994 (van een verdenking jegens de verdachte te hebben gehandeld in strijd met artikel 8 lid 1 van de Wegenverkeerswet 1994 kon al helemaal geen sprake zijn), uit het proces-verbaal blijkt niet, dat het aannemelijk was dat het voor de verdachte om bijzondere geneeskundige reden onwenselijk was ademlucht te blazen in het zogenaamde ademanalyse-apparaat.

Aan die eis moet immers zijn voldaan alvorens toestemming gevraagd kan worden voor een zogenaamd bloedonderzoek. Het enkele feit, dat verdachte op 24 juni 2000 omstreeks 05.38 uur kort na de aanrijding geëmotioneerd zittend in een verongelukte auto niet een juiste blaasprestatie kon leveren op het voor het voorlopig ademonderzoek gebruikte apparaat wettigt niet de conclusie, dat verdachte die dag omstreeks 07.15 uur medisch niet in staat was mee te werken aan een ademanalyse als bedoeld in artikel 163 lid 2 van de Wegenverkeerswet 1994.

Het vorenstaande leidt tot de slotsom, dat vooralsnog ernstig rekening moet worden gehouden met het feit, dat de strafrechter later oordelend niet tot een veroordeling van verdachte zal kunnen komen.

Het beklag zal dus daarom al gegrond worden verklaard.

Beslissende

verklaart het beklag gegrond; gelast de teruggave van het rijbewijs aan klagster.



CIVIEL

19 HOF ARNHEM

(mrs Van Raalte, Rijken, Van Loo),

14 december 1999

Gemiste diagnose chondrosarcoom. Causaliteit. Omkering bewijslast. Proportionele aansprakelijkheid.

Specialist maakt een kunstfout door na een eerste onderzoek geen nader diagnostisch onderzoek te verrichten. De patiënt overlijdt later aan chondrosarcoom (kraakbeenkanker).

Het hof overweegt dat volgens deskundigen de vraag of de diagnose chondrosarcoom bij een nader onderzoek had kunnen worden gesteld niet met zekerheid bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. Die onduidelijkheid komt volgens het hof voor rekening van de specialist, aangezien zijn fout het risico heeft geschapen dat de juiste diagnose, ofschoon wellicht mogelijk, achterwege is gebleven. Dientengevolge neemt het hof tot uitgangspunt dat bedoende diagnose zich, ongeacht of dit in werkelijkheid het geval zou zijn geweest, destijds bij verder onderzoek had laten stellen.

Het hof overweegt vervolgens dat, eveneens volgens deskundigen, de vraag of een succesvolle behandeling mogelijk zou zijn geweest evenmin met zekerheid kan worden beantwoord. Hieruit vloeit volgens het hof voort dat met betrekking tot de schade die de patiënt heeft geleden als gevolg van het feit dat behandeling van het chondrosarcoom achterwege is gebleven, een schatting zal moeten worden gemaakt aan de hand van de goede en kwade kansen welke een dergelijke behandeling met zich zou hebben gebracht.

De deskundigen achtten de kans dat bij adequate behandeling metastasering had kunnen worden voorkomen geringer dan de kans dat een min of meer restloos herstel tot de mogelijkheden had behoord. Op grond daarvan schat het hof de schade, bestaande in de verloren gegane kans op een voor de patiënt succesrijke behandeling op 33 1/3% (zie noot prof. mr A.J. Akkermans).

(art. 6:96, 6:98 BW)

A. van G., weduwe van J. O.,
appellante,
procureur: mr P.C. Plochg,

tegen

A.J.H. ten K.,

geïntimeerde,
procureur: mr J.M. Bosnak.

Post alia:

2. De motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1. De overwegingen uit de twee eerdere arresten van het hof worden gehandhaafd.

2.2. Bij het arrest van 13 januari 1998 werden aan de deskundigen de volgende vragen ter beantwoording voorgelegd:

a) of een redelijk bekwame en redelijk handelend specialist in de periode september 1988/januari 1989 al dan niet had moeten overgaan tot een onderzoek bij J. O. ter bevestiging of uitsluiting van de diagnose chondrosarcoom;

b) of, aangenomen dat het chondrosarcoom er in die periode was, al dan niet verwacht had mogen worden dat metastasering door een adequate behandeling had kunnen worden voorkomen;

c) of er voor het overige feiten en/of omstandigheden zijn welke voor een juiste beoordeling van de onderhavige kwestie van belang zijn, en zo ja, welke.

2.3. In hun rapport hebben de deskundigen achtereenvolgens een overzicht gegeven van de beschikbare gegevens, verslag gedaan van hun beoordeling van de ter beschikking gestelde röntgenonderzoeken en het scintigrafisch onderzoek van 11 mei 1989 alsmede een weergave opgenomen van de overige ter beschikking gestelde bescheiden.

2.4. Daarna stellen zij onder het hoofd "Interpretatie van de gegevens en röntgenonderzoeken door de deskundigen" onder meer: "Het terugkijken op de gegevens en de röntgenonderzoeken in de wetenschap dat er uiteindelijk sprake was van een maligniteit is van geheel andere orde dan het beoordelen van patiënt en röntgenfoto op het spreekuur. Toch had de combinatie van pijnklachten in de knie, nachtelijke pijn, hydrops, spieratrofie en een van het normale afwijkende röntgenfoto (zie het röntgenverslag van Dr Velenga d.d. 12-09-88 en de brief van Ten K. aan de huisarts d.d. 19-10-88) verdenking op het bestaan van een pathologisch proces moeten doen rijzen. Dit te meer daar de arthroscopische bevindingen bij de leeftijd passend waren en de klachten van de patiënt onvoldoende verklaarden. Onderzoeksfaciliteiten waren in de periode 1986 tot en met januari 1989 voldoende beschikbaar (planigrafie, CT, angiografie).

Ware in periode september 1988/januari 1989 van deze onderzoeksmethoden gebruik gemaakt en was de interpretatie van de verkregen gegevens juist geweest, dan was de kans dat de juiste diagnose gesteld had kunnen worden zeer groot geweest. Hiermee wil niet gezegd worden dat het verdere verloop van de ziekte door het op dat moment stellen van de diagnose met zekerheid in gunstige zin had kunnen worden beïnvloed.

Opgemerkt kan worden dat van deze specifieke kwaadaardige tumor van het skelet -

het chondrosarcoom - bekend is dat de maligniteitsgraad sterk kan variëren. Enerzijds kan deze tumor zich jarenlang zeer inert gedragen, anderzijds kan deze tumor zeer snel groeien, aanleiding tot metastasen (longen) geven en bij de patiënt een foudroyant ziektebeloop veroorzaken.

Op grond van weefselonderzoek wordt een gradering van 1 t/m 3 gebruikt, waarbij de kans op metastasen bij graad 3 meer dan 50% bedraagt. Daarnaast is het van deze tumoren bekend dat er in het natuurlijke beloop progressie kan optreden, waardoor een aanvankelijk weinig kwaadaardige tumor zich veel kwaadaardiger gaat gedragen. Wanneer retrospectief het röntgenbeeld tussen (1986) 1988 tot 1990 wordt beschouwd, is progressie van de graad van kwaadaardigheid bij deze tumor van de patiënt heel wel mogelijk c.q. niet uitgesloten".

2.5. Op vraag a) antwoorden zij dan:

"De diagnose chondrosarcoom is op grond van anamnese, lichamelijk onderzoek en de beschikbare röntgenonderzoeken niet te stellen. Wel had in de bedoelde periode september 1988 tot januari 1989 verdenking moeten rijzen op het bestaan van een ernstiger afwijking dan nu werd gediagnostiseerd. De daartoe geschikte onderzoeksmethoden waren in die tijd: planigrafie, skeletscintigrafie, CT-scan en angiografie. Pas in de laatste instantie komt het nemen van een biopsie in aanmerking".

2.6. Uit het onder 2.4 aangehaalde gedeelte van hun rapport volgt dat deskundigen zich ervan bewust zijn geweest dat de omstandigheid dat (veel) later inderdaad van maligniteit is gebleken, bij de beantwoording van vraag a) geen rol mocht spelen. Ook baseren zij, blijkens hun op die plaats gegeven motivering, hun antwoord op vraag a) niet uitsluitend op de "van het normale afwijkende röntgenfoto" van 12 september 1988 doch op de combinatie van pijnklachten in de knie, nachtelijke pijnen, hydrops, spieratrofie en de foto.

2.7. Om die reden komt minder belang toe aan de eerder in deze procedure door Ten K. ingeroepen opinie van prof. dr A.J. van der Linden te Maastricht, aangezien deze nu juist de röntgenfoto's "zonder daar verder gegevens bij te verschaffen" aan drie andere ervaren orthopeden heeft laten zien waarop geen van hen met het voorstel kwam om een proefexcisie te verrichten. Dat overigens de bewuste foto (althans enige) twijfel niet uitsluit, blijkt zelfs uit zijn waarneming: "men (zou) misschien kunnen spreken van onregelmatige contouren van de cortex, maar erg overtuigend is dat evenmin": het gaat in het kader van de onderwerpelijke vraag immers niet om de vraag of er een overtuigende aanwijzing voor de aanwezigheid van een chondrosarcoom bestond, maar om de vraag of er een aanleiding was te dier zake nader onderzoek te doen.

2.8. Ten K. voert in zijn laatste memorie aan dat de vaststelling van deskundigen dat op de foto van 12 september 1988 te zien valt dat de cortex distaal is doorbroken (wat zijns inziens een aanwijzing oplevert voor chondrosarcoom II), niet eerder door de talrijke medici die zich over deze kwestie hebben gebogen, is gedaan. Maar ook deze tegenwerping stuit hierop af dat de foto in de visie van deskundigen niet op zichzelf moet worden bezien maar tezamen met de andere door hen genoemde factoren. Dit sluit trouwens aan bij de in het tussenarrest van 24 juni 1997 vermelde opinie van prof. dr H.A.J. Lemmens, hierop neerkomende dat de foto hoe dan ook afwijkingen vertoont en dat deze afwijkingen, al is de foto zelfs "van secundair belang en zeker *alléén* niet uitslaggevend", in het licht van de overige gegevens (waaronder kennelijk: de aard en de langdurigheid van de klachten alsmede het normale bloedbeeld dat niet wijst op een "low-grade infectie") tot het verrichten van verder onderzoek hadden moeten leiden.

2.9. De conclusie van de deskundigen dat er in de periode september 1988/januari 1989 verdenking had moeten rijzen ter zake van het bestaan van een ernstiger afwijking dan werd gediagnostiseerd, zodat - naar het hof als slotsom van deskundigen begrijpt - een redelijk bekwame en redelijk handelend specialist nader onderzoek had moeten verrichten, wordt tenslotte evenmin aangetast door de eventuele omstandigheid dat één van de vier der door hen in dat verband vermelde onderzoeksmethoden, namelijk die van een CT-scan, te Almelo niet beschikbaar was.

2.10. De onder 2.9 weergegeven conclusie van deskundigen wordt op bovenstaande gronden door het hof overgenomen. Op basis daarvan moet worden aangenomen dat hier sprake is van een medische fout van een arts die - door het achterwege laten van een nader onderzoek als bedoeld - op hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst met O. Ten K. is daarom aansprakelijk voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 BW als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de bewuste fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt (vergelijk HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (VR 1998, 182; *red. VR*)).

2.11. Het hof verstaat voormeld antwoord van deskundigen voorts aldus dat, uitgaande van de ter beschikking staande gegevens, op de vraag of de diagnose chondrosarcoom in geval van een nader, naar aanleiding van de bevindingen uit de periode september 1988 tot januari 1989 ingesteld onderzoek, inderdaad had kunnen worden gesteld, niet bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. Juist doordat geen nader onderzoek

is uitgevoerd, is onzeker gebleven of zich een te diagnostiseren chondrosarcoom voordeed. Die - nooit meer op te helderen - onduidelijkheid komt voor rekening van Ten K. aangezien zijn fout het risico heeft geschapen dat de juiste diagnose, ofschoon wellicht mogelijk, achterwege is gebleven. Dientengevolge zal thans als uitgangspunt moeten worden genomen dat bedoelde diagnose zich, ongeacht of dit in werkelijkheid het geval zou zijn geweest, destijds bij verder onderzoek had laten stellen. Overigens geeft Ten K. zelf (gelijk onder 2.8 vermeld) aan dat de omstandigheid dat de cortex blijkens de foto van 12 september 1988 distaal was doorbroken, een aanwijzing voor chondrosarcoom II is.

2.12. Het antwoord van de deskundigen op vraag b) - waarbij reeds van de onder 2.11 vermelde vooronderstelling is uitgegaan - luidt:

"Een zeker antwoord op deze vraag valt niet te geven. Van de maligniteitsgraad hangt af hoe groot de kans op metastasering is. Het is bekend dat dit soort sarcomen soms een progressie tonen een meer kwaadaardige vorm. Wij hebben onvoldoende gegevens om bij deze patiënt te kunnen vaststellen of dit het geval is geweest.

Wanneer we aannemen dat dit een chondrosarcoom graad 1 à 2 was, dan moet de vraag bevestigend worden beantwoord.

Wanneer echter sprake is van een chondrosarcoom graad 2 dat zich kwaadaardiger is gaan gedragen (progressie) en ook bij een chondrosarcoom graad 3 en mede in aanmerking moet worden genomen dat bij het röntgenonderzoek van 12-09-88 de cortex doorbroken is, is de kans op metastasering zo groot dat een behandeling, hoe adequaat ook, het optreden van metastasen niet had kunnen voorkomen. In dit geval moet het antwoord dus ontkennend zijn".

2.13. Het hof interpreteert dit - door partijen niet aangevochten - antwoord vooreerst aldus dat de vraag of, nog steeds uitgaande van de aanwezigheid van een te diagnostiseren chondrosarcoom, een succesvolle behandeling mogelijk zou zijn geweest, evenmin met zekerheid kan worden beantwoord. Hieruit vloeit voort dat met betrekking tot de schade welke O. heeft geleden als gevolg van het feit dat behandeling van het chondrosarcoom achterwege is gebleven, een schatting zal moeten worden gemaakt aan de hand van de goede en kwade kansen welke een dergelijke behandeling met zich zou hebben gebracht (vergelijk HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, alsmede Rb. Amsterdam 15 december 1993 respectievelijk Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (VR 1997, 164; red. VR), Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41 (VR 1998, 170; red. VR), en Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406 (VR 1999, 43; red. VR)).

2.14. Uit het onder 2.12 vermelde antwoord van deskundigen valt, tegen de achtergrond ook van hun hierboven aan het slot van punt 2.4 aangehaalde beschouwingen, voorts af te leiden dat zij de kans dat bij adequate behandeling metastasering had kunnen worden voorkomen, geringer achten dan de kans dat een min of meer restloos herstel tot de mogelijkheden had behoord.

Deskundigen wijzen er immers onder meer op dat deze specifieke kwaadaardige tumor zich weliswaar jarenlang zeer inert kan gedragen, maar ook zeer snel kan groeien wat aanleiding tot metastasen (in de longen) kan geven, zodat progressie van de graad van kwaadaardigheid heel wel mogelijk dan wel niet uitgesloten was, terwijl tevens de omstandigheid dat blijkens het röntgenonderzoek van 12 september 1988 de cortex doorbroken was, huns inziens kennelijk een aanwijzing oplevert dat behandeling, hoe adequaat ook, het optreden van metastasen niet had kunnen voorkomen.

2.15. Op grond daarvan schat het hof de schade, bestaande in de verloren gegane kans op een voor O. succesrijke behandeling, op 33 1/3%.

2.16. Nu door geen van partijen feiten of omstandigheden te bewijzen zijn aangeboden, welke - indien bewezen - aan het voorgaande afbreuk zouden kunnen doen, zal de verdeling dan ook als volgt worden toegewezen, met vernietiging van het vonnis waarvan hoger beroep.

2.17. Voormelde uitkomst betekent dat Van G. ten aanzien van de beslissing over de kernvraag (die naar de aansprakelijkheid van Ten K.) in het gelijk wordt gesteld maar haar eis toch slechts ten dele wordt toegewezen. Dit geeft het hof aanleiding tot de navolgende beslissing ter zake van de proceskosten in beide instanties.

2.18. Bij de vaststelling van de verschotten in hoger beroep is het hof uitgegaan van een bedrag van f 7.500,- ter zake van de kosten van deskundigen, welk bedrag bij wege van voorschot door Van G. is voldaan. De hoogte van de uiteindelijke vergoeding voor deskundigen in de zin van art. 225 Rv is echter nog in discussie. Het valt daarom niet uit te sluiten dat later bij afzonderlijk bevelschrift nog een bedrag ten laste van partijen (ieder voor de helft) zal worden gebracht. (enz.; red. VR)

Noot

1. Met dit arrest ¹⁾ is het Hof Arnhem voorzover bekend het tweede gerechtshof dat in de context van de medische aansprakelijkheid het leerstuk van het verlies van een kans heeft toegepast, naast het Hof Amsterdam met zijn veelbesproken arrest van 4 januari 1996 inzake Wever/De Kraker (of Baby Ruth) ²⁾. De andere gepubliceerde uitspraken in deze zin betreffen vonnissen van rechtbanken ³⁾, en een beslissing van de Geschillencommissie Ziekenhuizen ⁴⁾. Samen met

de recente vonnissen van de Rechtbanken Den Haag ⁵⁾ en Zwolle ⁶⁾ lijkt dit arrest de verwachting te bevestigen dat het leerstuk van het verlies van een kans bij medische fouten in toenemende mate toepassing zal vinden ⁷⁾. Pals heeft in de kolommen van dit blad betoogd dat daarvan na het Sint Willibrord-arrest ⁸⁾ geen sprake meer zou kunnen zijn ⁹⁾. Met anderen meen ik dat dit geenszins uit het Sint Willibrord-arrest volgt ¹⁰⁾. Wel staat de vraag nog open hoe de bewijslastomkeer uit Sint Willibrord, en zijn directe voorloper Dicky Trading II ¹¹⁾, zich precies verhoudt tot de proportionele benadering, waarvoor de Hoge Raad weliswaar in de context van beroepsfouten van de medicus nog niet, maar bij beroepsfouten van de advocaat al wel ¹²⁾ het groene licht gaf in het Baijings-arrest ¹³⁾. In de literatuur is uitgewerkt hoe beide benaderingen met elkaar zouden kunnen worden gecombineerd ¹⁴⁾. Ook in dit opzicht is het arrest van het Hof Arnhem interessant, omdat beide lijnen in de actuele jurisprudentie (bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid) erin aan bod komen.

2. Het arrest gaat over de gemiste diagnose van kraakbeenkanker (zgn. chondrosarcoom) waaraan de benadeelde in augustus 1995 is overleden. Het hof stelt vast dat de gedaagde specialist een kunstfout heeft gemaakt door naar aanleiding van zijn bevindingen in de periode september 1988/januari 1989 geen nader diagnostisch onderzoek te verrichten. Met betrekking tot de vraag of dit nalaten causaal is voor het overlijden van de benadeelde doen zich twee opeenvolgende onzekerheden voor. De eerste betreft de vraag of nader diagnostisch onderzoek, indien verricht, tot de ontdekking van het chondrosarcoom zou hebben geleid. De tweede betreft de vervolgvraag of, indien de juiste diagnose zou zijn gesteld, een succesvolle behandeling mogelijk zou zijn geweest, of dat het toch al te laat zou zijn geweest omdat uitzaaiing (metastasering) reeds had plaatsgevonden. Het hof verstaat het deskundigenrapport aldus dat geen van beide vragen met zekerheid kan worden beantwoord (r.o. 2.11 resp. 2.13).

3. De eerste onzekerheid wentelt het hof in een alles of niets-benadering af op de gedaagde, op grond van een overweging die nauw verwant is met de arresten Sint Willibrord en Dicky Trading II. De gedaagde is aansprakelijk voor alle vermogensschade die hem naar de maatstaf van artikel 6:98 BW als een gevolg van die fout kan worden toegerekend, aldus het hof, dat vervolgt: "voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de bewuste fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt" (r.o. 2.10). Daarbij verwijst het hof naar het Wrongful birth-arrest ¹⁵⁾. Omdat de gedaagde door zijn fout het risico heeft geschapen dat de juiste diagnose, ofschoon wellicht mogelijk, achterwege is gebleven,

neemt het hof als uitgangspunt dat bedoelde diagnose zich, ongeacht of dit in werkelijkheid het geval zou zijn geweest, destijds bij verder onderzoek had laten stellen (r.o. 2.11). De onzekerheid over de vervolgvraag of bij een juiste diagnose een succesvolle behandeling mogelijk zou zijn geweest, is voor het hof echter aanleiding voor een proportionele benadering. Het hof overweegt dat uit deze onzekerheid voortvloeit dat met betrekking tot de schade die de benadeelde heeft geleden, een schatting zal moeten worden gemaakt aan de hand van de goede en kwade kansen welke een dergelijke behandeling met zich zou hebben gebracht, waarbij het verwijst naar drie eerdere uitspraken waarin het leerstuk van het verlies van een kans werd toegepast bij medische fouten (r.o. 2.13). Op grond van het deskundigenrapport schat het hof de verloren kans op genezing, en daarmee de te vergoeden schade, op 33 1/3 % (r.o. 2.14-2.15).

4. Met het resultaat van het arrest kan worden ingestemd. Toekenning van volledige schadevergoeding zou geen recht hebben gedaan aan de reële kans dat het overlijden van de benadeelde ook zonder de fout onafwendbaar zou zijn geweest. En integrale afwijzing van de vordering zou weer geen recht hebben gedaan aan de reële kans dat het zonder fout minder slecht voor de benadeelde zou zijn afgelopen. In het algemeen heeft het ook iets moeizaams om een terminale kankerpatiënt, die door de fout van een arts in elk geval een kans op genezing verloren zag gaan, voor te houden dat hij geen enkele rechtens relevante schade heeft geleden. Proportionele schadevergoeding voor het verlies van die kans is dan zo gek nog niet. Dit ondanks dat de omvang van die kans, net zoals hier, slechts aan de hand van de beschikbare gegevens kan worden geschat. Die beperkte exactheid is wel een bezwaar¹⁶⁾, maar maakt niet dat daarom maar geen proportionele schadevergoeding zou moeten worden afgezien¹⁷⁾. Ook het bepalen van de mate van 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 BW geschiedt zoals bekend slechts schattenderwijs¹⁸⁾.

5. De motivering van het arrest roept echter vragen op. Om te beginnen is minder gelukkig dat het hof spreekt van "toerekening" ex artikel 6:98 terwijl het probleem waar het over gaat duidelijk het *conditio sine qua non*-verband betreft. Het is waar dat de Hoge Raad in zijn rechtspraak de door het hof gezegde 'risico dat zich heeft gerealiseerd-formule'¹⁹⁾ zowel hanteert met betrekking tot het primaire causaal verband (Dick Trading II, Sint Willibrord) als met betrekking tot het secundaire causaal verband (Wrongful birth, De Heel/Korver²⁰⁾), maar daarbij maakt hij in zijn overige bewoordingen wel degelijk onderscheid naar de aard van de problematiek (csqn of toerekening). Het soms te absoluut voorgestelde onderscheid tussen primaire

en secundaire causaliteit is zeker voor relativisering vatbaar²¹⁾, maar daarmee behoort het nog niet te worden genegeerd²²⁾, al was het maar omdat het afwentelen van onzekerheid over het csqn-verband een verdergaande beslissing inhoudt dan het al of niet toerekenen van bepaalde schadeposten waarvan het csqn-verband met de gemaakte fout in elk geval vaststaat.

6. Voorts valt op dat het hof het bij de eerste onzekerheid over de boeg van de causaliteit gooit en bij de tweede onzekerheid over de boeg van de schade. Waarom wordt niet duidelijk. Het gaat in beide gevallen om dezelfde juridische problematiek. Er is geen in het oog springend verschil tussen de vraag of nader diagnostisch onderzoek wel tot ontdekking van het chondrosaroom zou hebben geleid, en de vraag of bij ontdekking een succesvolle behandeling nog wel mogelijk zou zijn geweest. Het eerste had even goed kunnen worden gekwalificeerd als een vraag van schade, en het tweede even goed als een vraag van causaal verband. De door het hof gehanteerde benadering is wel bepleit door Simons, die meent dat een juridisch relevant onderscheid bestaat tussen de vraag of door een fout 'een gebeurtenis' (diagnose gemist) al dan niet heeft plaatsgevonden, en de vraag wat de (onzekere) medische gevolgen van die gebeurtenis zijn²³⁾. Naar mijn mening is dit onderscheid niet houdbaar. Ook het overlijden van de benadeelde is een 'gebeurtenis' die al of niet door de fout heeft plaatsgevonden. Het hanteren van een verschillende terminologie om de vraag te omschrijven maakt nog niet dat sprake zou zijn van een verschillende juridische problematiek. Bij dit soort vragen zijn schade en causaliteit vaak uitwisselbare perspectieven²⁴⁾. In de praktijk is het verschil in de juridische verpakking van de problematiek (schade of causaal verband) vaak het gevolg van de wijze waarop partijen zich in de procedure tegen elkaar stellingen verweren²⁵⁾. Aan beide onzekerheden kan de gedaagde het verweer ontleen: er is geen schade, want de patiënt zou toch niet genezen zijn, maar ook: het causaal verband tussen fout en schade ontbreekt, want zonder de fout zou de schade ook zijn ingetreden. Mogelijk ontleent het hof zijn verschil in kwalificatie aan de door partijen gevoerde processuele discussie. Uit het arrest valt dit echter niet op te maken.

7. Een volgende vraag is waarom met betrekking tot de eerste onzekerheid een alles of niets-benadering wordt gehanteerd en bij de tweede een proportionele. In beide gevallen had volgens het alles-of-niets kunnen worden beslist. De 'risico dat zich heeft gerealiseerd-formule' had ook op de tweede onzekerheid kunnen worden toegepast. Men kan immers zeggen dat de gedaagde door zijn fout het risico heeft geschapen dat succesvolle behandeling, ofschoon wellicht mogelijk, achterwege is gebleven, welk risico

zich vervolgens heeft gerealiseerd. Maar ook had in beide gevallen een proportionele weg kunnen worden bewandeld. In het vonnis van de Rechtbank Amsterdam waar het hof naar verwijst, speelden twee vergelijkbare onzekerheden en werden beide in een proportionele benadering verdisconteerd²⁶⁾. De vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij werd daar gerelateerd aan het verlies van de kans op ontdekking/niet-ontdekking van het carcinoom bij de patiënt (40-60%) en de kans op herstel/niet herstel (50-90%). Zoals uit deze kanspercentages blijkt, bood het deskundigenrapport in die zaak aanmerkelijk meer aanknopingspunten voor een proportionele benadering dan waar het hof het hier mee moest doen. Mogelijk heeft het hof (mede) op grond van zijn waardering van de feiten, bijvoorbeeld wegens een hogere waarschijnlijkheid, over de eerste onzekerheid willen heenstappen en over de tweede niet. Het blijkt niet uit het arrest.

8. Wie meent dat het verschil in aanpak van beide kwesties voortvloeit uit het verschil in kwalificatie van het betreffende probleem als een vraag van causaal verband dan wel als een vraag van schade, verkeert in elk geval in goed gezelschap. Volgens Hartkamp is bij causaliteitskwesties - waarop de regel van bewijslastomkering uit Dicky Trading II en Sint Willibrord van toepassing is - zeker dat er daadwerkelijk schade is geleden²⁷⁾. In de gevallen waarin het leerstuk van het verlies van een kans wordt toegepast zou dat daarentegen niet zeker zijn, en geldt de hoofdregel dat de bewijslast met betrekking tot zijn schade op de benadeelde rust. Hartkamp verwijst daarbij naar het arrest Beurskens/Notarissen²⁸⁾. Het zou zeker een netelig afbakingsprobleem oplossen wanneer het bij de problematiek die hier aan de orde is, inderdaad mogelijk zou zijn om een objectief onderscheid te maken tussen vragen van causaal verband en van schade. In het eerste geval kan men dan de regel van bewijslastomkering toepassen en in het tweede het leerstuk van het verlies van een kans²⁹⁾. Maar naar mijn mening biedt het bedoelde onderscheid, *althans bij de problemen van onzekerheid waar het hier over gaat*, in werkelijkheid geen houvast. Schade en causaliteit zijn hier, zoals gezegd, uitwisselbare perspectieven. Dat geldt voor beide onzekerheden in het hier besproken arrest van het hof, maar dat geldt ook voor de onzekerheden in de bedoelde rechtspraak van de Hoge Raad. Het bewijsprobleem in het Beurskens-arrest had even goed kunnen worden opgediend als een van causaal verband in plaats van een van schade³⁰⁾, en het bewijsprobleem in Dicky Trading II en Sint Willibrord even goed als een van schade in plaats van een van causaal verband³¹⁾. Welke kant van de medaille de rechter (respectievelijk de justitiabele) wordt voorgehouden behoort niet bepalend te zijn voor de uitkomst. De rechtspraak van de Hoge Raad is op dit punt niet consis-

tent en behoeft nadere uitwerking. Het arrest van het hof is op dit punt te kort door de bocht en behoeft nadere motivering. Maar qua resultaat blijft het een mooi, genuanceerd arrest, dat zoveel mogelijk recht doet aan de positie van beide partijen.

prof. mr A.J. Akkermans

1. Ook gepubliceerd in NJ 2000, 742 en in TVP 2000 p. 94 e.v. m.nt Giesen.
2. VR 1997, 162, NJ 1997, 213.
3. Rb. Middelburg 11 maart 1998, VR 1998, 170, NJ 1999, 41; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, VR 1999, 43, NJ 1999, 406; Rb. Zwolle 31 mei 2000, NJkort 2000, 89; Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2001, 20 (in dit nummer van Verkeersrecht).
4. Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44. Vgl. ook Geschillencommissie Ziekenhuizen 23 april 1997, TvG 1999, 54.
5. Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2001, 20 (in dit nummer van Verkeersrecht).
6. Rb. Zwolle 31 mei 2000, NJkort 2000, 89.
7. Zie o.m. De Ridder; AA 1995 p. 548-554; Akkermans, A&V 1996 p. 76-71; Bouman, TVP 1998, p. 62-64, Giesen, TVP 2000 p. 94.
8. HR 16 juni 2000, VR 2000, 189 m.nt dBK, NJ 2000, 584 m.nt CJHB.
9. VR 2000, p. 394-396.
10. Enzo De Bosch Kemper in zijn noot onder het arrest in VR 2000, 189. Ook Hartkamp ziet in de betreffende regel van bewijslastomkering geen belemmering voor de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, zie Asser-Hartkamp I (aan het eind van) nr 434c.
11. HR 22 januari 1996, NJ 1996, 607.
12. In deze zin naast mijzelf in A&V 1989 p. 24-26 en NbBW 1998, p. 50-52, o.m.: Dommering-Van Rongen, NTBR 1998, p. 81-85, Haak, AA 1998, p. 138-147, Luiten, Vrb 1998 p. 45-46, Giesen, TVP 2000 p. 97, Hartlief, in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (Akkermans, Faure en Hartlief (red.) Den Haag, 2000) p. 16 en Van Dijk in dezelfde bundel op p. 40. Voorzichtig: Asser-Hartkamp I, nr 434c, Anders: Pals, o.c. p. 395.
13. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, A&V 1998, 24 m.nt Akkermans.
14. Zie Frenk, NJB 1995, p. 489, Akkermans, A&V 1996, p. 71 alsmede 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband' (diss.), Deventer, 1997, p. 393-429, en in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (o.c.) p. 105-106 en 113, Haak, AA 1998, p. 147. Zie voorts Giesen, 'Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid', Deventer, 1999, p. 75 en 126-127.
15. HR 21 februari 1997, VR 1998, 182, NJ 1999, 145.
16. Zie hierover en over andere bezwaren, Peepkorn, VR 1998 p. 321-324, met een weerwoord van Akkermans, VR 1999 p. 65-69, alsmede de bijdragen van beiden in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (o.c.).
17. Zie art. 6:97 BW.
18. Zie HR 5 december 1997, VR 1998, 28, NJ 1998, 400 (Terminus/ZA).
19. Men spreekt wel van de 'omkeringsregel'. Zie Sijnders in zijn noot onder HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz) en A-G Bakels alsmede

- de Hoge Raad zelf in het Oude Monnik Motors-arrest (HR 19 januari 2001, ELRO nr AA9556, zaaknr C99/093HR) r.o. 3.6.
20. HR 13 januari 1995, VR 1995, 96, NJ 1997, 175.
 21. Zie Akkermans, diss. (o.c.), p. 432-436.
 22. In dezelfde zin nog recentelijk Hartkamp in voetnoot 2 van zijn conclusie voor het Sint Willibrord-arrest.
 23. IUST 2000, p. 121-123.
 24. Zie nader Akkermans in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (o.c.), p. 87 e.v.
 25. Enzo Hartlief in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (o.c.), p. 6.
 26. Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, VR 1999, 43, NJ 1999, 406.
 27. Asser-Hartkamp I (aan het eind van) nr 434c.
 28. HR 20 september 1996, NJ 1996, 747. Vgl. het onderscheid dat wordt gemaakt tussen Dicky Trading II ('bewijs van causaal verband') en Beurskens/Notarissen ('bewijs van schade') door Klaassen (A&V p. 147-148) en - voorzigtiger - A-G Bakels in zijn conclusie voor het Oude Monnik Motors-arrest (HR 19 januari 2001, ELRO nr AA9556, zaaknr C99/093HR, onder 2.13). Geen onderscheid maken Asser (Vademecum burgerlijk procesrecht, Bijlage I onder 5.3.2) en Giesen (A&V 2000 p. 110 voetnoot 13).
 29. Zie in deze zin - als ik hem goed begrijp - Simons, t.a.p.
 30. Asser (Vademecum burgerlijk procesrecht, Bijlage I onder 5.3.2) en Giesen (A&V 2000 p. 110 voetnoot 13), menen dat het in dit arrest ook daadwerkelijk om het bewijs van causaal verband ging (en dus niet om het bewijs van schade). Volgens Asser (t.a.p.) is het arrest dan ook "schijnbaar in tegenspraak" met het Dicky Trading II-arrest. Ook ik meen dat beide arresten, naar de letter genomen, niet met elkaar kunnen worden verenigd.
 31. Zie nader mijn bijdrage in de bundel 'Proportionele aansprakelijkheid' (o.c.) p. 109-113.

20 RECHTBANK DEN HAAG

(mrs Numann, Hagen, Bonneur),
12 juli 2000

Geneeskundige behandelingsovereenkomst. Gemiste diagnose. Proportionele aansprakelijkheid. Schadebegroting op basis van een gemiste kans.

Ziekenhuis verwijst patiënt door naar de polikliniek van het ziekenhuis; de behandelend specialist aldaar is niet in dienst van het ziekenhuis. Art. 7:462 is nog niet van toepassing. De rechtbank neemt aan dat er een geneeskundige behandelingsovereenkomst is gesloten tussen het ziekenhuis en de patiënt, omdat de patiënt redelijkerwijs mocht aannemen dat de specialist in dienst was van het ziekenhuis. Het had op de weg van het ziekenhuis gelegen om de patiënt te informeren over de aard van de verhouding tussen ziekenhuis en specialist. Het ziekenhuis is daarom ex art. 6:76 aansprakelijk voor de gedragingen van de specialist; de specialist is jegens de patiënt aansprakelijk op grond van art. 6:162.

De specialist maakt een kunstfout door een patiënte niet de definitieve uitslag van een mammapunctie mee te delen, waardoor zij niet op de hoogte is gesteld van het daarbij behorende advies om zich na een half jaar te laten controleren. Enige tijd later wordt bij de patiënte een carcinoom geconstateerd en lijdt zij schade.

De rechtbank oordeelt dat voor een schadebegroting op basis van een gemiste kans alleen plaats is wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden onderzocht (zie noot prof. mr A.J. Akkermans).

(art. 6:96, 6:98, 6:108 BW)

(wijlen) L.M. van E.,
eiseres,
procureur: mr L.M. Bruins,

tegen

1. Stichting Algemeen Ziekenhuis Zoetermeer,
2. L.J.J.P. S.,
gedaagden,
procureur: mr H.J.A. Knijff.

Post alia:

Rechtsoverwegingen

1. De rechtbank zal eerst ingaan op de vraag of het ziekenhuis naast S. mede aansprakelijk is te houden voor de schade die mogelijkerwijs het gevolg is van de door S. gemaakte fout. Nu vaststaat dat S. als zelfstandig specialist in het ziekenhuis werkzaam was - waardoor artikel 6:170 BW toepasselijkheid mist - kan daarvan alleen sprake zijn wanneer het ziekenhuis contractspartij was. In het tussenvonnis van 18 maart 1998 heeft de rechtbank overwogen dat hier veel voor te zeggen is, met name omdat uit de stellingen van partijen valt af te leiden dat Van E. is doorverwezen naar en zich heeft gewend tot de mamma-poli van het ziekenhuis en niet naar respectievelijk tot S. Het ziekenhuis heeft in haar daaropvolgende processtukken niet betwist dat de gang van zaken aldus is geweest, zodat daarvan verder zal worden uitgegaan. Het is, anders dan het ziekenhuis kennelijk meent, niet zo dat de gemiddelde patiënt zich ervan bewust dient te zijn dat hij/zij vervolgens mogelijkerwijs wordt behandeld door een specialist die niet in dienst van het ziekenhuis is. Een patiënt, en zeker een patiënt met de klachten die Van E. had, heeft wel wat anders aan het hoofd. Het had daarom veeleer op de weg van het ziekenhuis gelegen om Van E. te informeren over de aard van de verhouding tussen haar en S. Onder deze omstandigheden kon naar het oordeel van de rechtbank Van E. voor of ten tijde van het maken van de afspraak om haar te behandelen redelijkerwijs aannemen, zoals zij onweersproken stelt te hebben gedaan, dat S. in dienst was van het ziekenhuis